

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS

LICENCIA DE MATERNIDAD-Finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para reclamarla

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

La Sala verifica la afectación del mínimo vital de la actora al encontrar la siguiente situación fáctica de la misma: 1) que la nombrada devengaba un sueldo mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, 2) que sus ingresos lo constituyen las sumas de dinero que recibe por concepto de salario, 3) que su esposo es trabajador independiente, quien no cuenta con estabilidad laboral, toda vez que sus entradas económicas dependen de la buena o mala cosecha de café que tenga tres o cuatro veces al año y 4) que la subsistencia mínima vital del núcleo familiar de la accionante (marido y mujer, dos niños menores de edad y uno recién nacido) depende de los ingresos de la actora.

Referencia: expediente T-1306844

Acción de tutela instaurada por Olga Camacho Narváez contra SALUDCOOP EPS -Seccional Huila-

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Civil Municipal y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pitalito-Huila, para resolver la acción de tutela instaurada por Olga Camacho Narváez contra SALUDCOOP EPS Seccional Huila.

### I. ANTECEDENTES

La señora Olga Camacho Narváez mediante apoderado judicial, instaura acción de tutela en contra de la E.P.S. SALUDCOOP Seccional Huila, a fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad, la seguridad social, “la familia y al menor recién nacido”, como quiera que la entidad promotora demandada se niega a pagarle la licencia por maternidad, a la que dice tener derecho.

## 1. La demanda de tutela

La accionante fundamenta su solicitud de amparo en que su empleador la afilió al Régimen Contributivo a través de Saludcoop EPS “hace año y medio aproximadamente”, sin que a la fecha en que dio a luz a su hijo Juan Manuel, el 13 de julio de 2005, la entidad promotora hubiera advertido la mora en el pago de los aportes por concepto de seguridad social.

Continúa señalando que acudió mediante derecho de petición ante la E.P.S. Oficina de Pitalito, con el fin de requerir el reconocimiento y pago de la incapacidad por maternidad, a la que aduce tener derecho por disposición legal. No obstante, sostiene que su derecho prestacional fue negado mediante comunicación del nueve (9) de septiembre de 2005, en el que la demandada le comunicaba que con ocasión al pago extemporáneo de su empleador y a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 “[se hace] imposible reconocer tal prestación económica”.

Por último, alega que solicitó a su empleador fotocopia de los formularios de autoliquidación de aportes para trabajadores dependientes, en los que no encontró probada la extemporaneidad aducida por la E.P.S.

En consecuencia, considera que de acuerdo con los presupuestos anteriores y conforme a la

jurisprudencia de esta Corte, el juez constitucional es el único que puede restablecer sus derechos fundamentales y ordenar que se le pague inmediatamente la licencia de maternidad.

Posteriormente, en la ampliación de la demanda<sup>1</sup>, la accionante precisa que tiene 31 años de edad y que presta sus servicios personales a la empresa Jugos la Ñapa, a la que se encuentra vinculada desde hace dos años y que por su trabajo recibe una remuneración equivalente al salario mínimo legal.

De igual manera advierte que vive con su esposo Hernán Carlosama Suárez quien “no hace nada, pues trabaja independiente en la compra y venta de café, pues ahorita no hay cosecha” y agrega que cuando no hay cosecha su esposo se sostiene con una finca pequeña cultivada de café, pero que en realidad no representa un gran ingreso a nivel económico, por lo que asegura, “el hogar lo sostengo yo”.

Aclara que la finca en la que labora su esposo se encuentra a su nombre pero que fuera de salario mensual no recibe ningún otro ingreso económico adicional y que habita en un inmueble arrendado.

## 2. Intervención pasiva

### 2.1 Entidad promotora de salud Saludcoop Seccional Huila

La Directora Seccional interviene en el presente asunto para defender la actuación de la entidad de la referencia, para el efecto señala que una vez revisado el sistema de

información de la EPS, se encontró que la actora ha presentado mora en el pago de las cotizaciones correspondientes al tiempo de gestación, circunstancia que asegura, afecta el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, toda vez que de conformidad con el Concepto emitido por la Superintendencia de Salud, para que toda trabajadora tenga derecho a dicha prestación “la empresa cotizante debe estar a paz y salvo por concepto de pago de aportes por la totalidad de sus trabajadores al momento en que la trabajadora es madre con criatura viable”.

Para demostrar la mora del cotizante, hace una relación de los pagos efectuados por éste en el año 2005, en los siguientes términos:

Enero: Fecha de Pago: 6/01/2005

Febrero: Fecha de Pago: 21/02/2005

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Abril: Fecha de Pago: 17/05/2005

Mayo: Fecha de Pago: 17/05/2005

Junio: Fecha de Pago: 7/06/2005

Julio: Fecha de Pago: 5/07/2005

Agosto: Fecha de Pago: 31/08/2005

Septiembre: Fecha de Pago: 3/10/2005

Octubre: Fecha de Pago: 26/10/2005

Noviembre: No ha cancelado

Diciembre: No ha cancelado

Bajo las anteriores circunstancias concluye que le corresponde a la empresa o patrono de la trabajadora autorizar de sus fondos el reconocimiento económico por concepto de auxilio de maternidad, ya que a través de la EPS elegida tal posibilidad es inviable legalmente.

Por último sostiene que la controversia planteada por la tutelante es de tipo laboral, y por lo mismo, ésta cuenta con otro medio de defensa judicial ante la respectiva jurisdicción ordinaria, para lograr que se obligue al empleador a cancelar el auxilio de maternidad a que tiene derecho por ley.

## 2.2. Intervención de la Dirección Regional de Saludcoop EPS

El Gerente de la entidad, una vez notificado de la demanda, insiste en la imposibilidad de la EPS para reconocer y pagar la licencia de maternidad a la señora Olga Camacho Narváez, pues estima que el encargado de llevar a cabo las cotizaciones en su nombre canceló en forma extemporánea algunos de los aportes por concepto de salud, lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, obliga a la empresa empleadora de la actora a pagar la prestación económica pretendida en sede de tutela.

Anota que debe quedar claro que “como afiliada al régimen contributivo del SGSSS, la señora Olga Camacho Narváez tiene derecho, como efectivamente se hizo, a que los gastos generados en el parto fueran cubiertos en su totalidad por SaludCoop EPS. No obstante, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencia de maternidad está sujeto al cumplimiento de requisitos expresamente contemplados en dichos requisitos que se encuentran enunciados, entre otras normas, en los Decretos 047 de 2000 y 1804 de 1999”.

En consecuencia concluye que la EPS accionada en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Camacho Narváez, puesto que al no haber cumplido su empleador con las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, al no cancelar oportunamente los aportes en Salud, éste es quien debe asumir el pago de la licencia de maternidad de la tutelante al encontrarse en mora, en detrimento de los derechos de la trabajadora.

### 3. Material Probatoria

#### 3.1. Documentos aportados por la actora:

-Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante y de su carné de afiliación a la E.P.S. Saludcoop, de la señora Camacho Narváez -folios 5y 6, cuaderno I del expediente-.

-Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento del menor hijo de la actora -folio 9 del Expediente-.

-Copia del oficio emitido por Saludcoop EPS, en el que se le niega a la actora el pago de la licencia de maternidad, por extemporaneidad en el pago de los aportes a la salud -folio 8, cuaderno I del expediente-.

-Fotocopia de la incapacidad por licencia de maternidad No. 916586 expedida por el médico tratante de SALUDCOOP EPS. (Folio 7 del Expediente).

-Copia de los formularios de pago de aportes a salud desde el mes de enero al mes de julio de 2005 hechos por la empresa empleadora de la actora a Saludcoop EPS -folios 10 a 16, cuaderno I del expediente-.

-Copia de la declaración juramentada rendida el nueve (9) de diciembre de 2005 por el esposo de la actora, señor Hernán Carlosama Suárez, con fines al establecimiento de la capacidad económica del núcleo familiar de la misma. En el Acta de la diligencia consta que el nombrado afirmó que 1) cuenta con 35 años de edad y que trabaja en calidad de independiente agricultor, 2) su esposa tiene una “finquita” a su nombre y una casa que en este momento se encuentra embargada y secuestrada “pues sirvió de fiadora en una deuda”, según consta en la Escritura Pública, y que en ella siembra café, plátano y yuca, y que en la finca “no tenemos semovientes”, 3) su sustento diario lo deriva de lo que le produce la finca “lo que me da al fin de año, que es lo que produce como café, que es una cosecha y me puede producir más o menos un promedio de \$250.000 mensual, porque en el tiempo frío que no hay cosecha genera gastos, lo que se compensa con la cosecha y eso cuando sube el precio del café y cuando baja no queda nada”, 4) no tiene ningún bien de su propiedad y 5) su núcleo familiar lo componen él, su esposa y tres niños menores de edad incluyendo al recién nacido -folio 42, cuaderno I del expediente-:

### 3.2. Documentos aportados por la entidad accionada en sede de tutela:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-Copia del Decreto No. 047 de 2000. (Folio 30 del Expediente).

### 3.3. Documentos aportados por las entidades oficiadas en sede de tutela:

-Original y Copia del oficio suscrito por la Directora Seccional de la Cámara de Comercio de Neiva en donde informa que en la base de datos de dicha entidad no aparece registro alguno de bienes o establecimientos comerciales a nombre de la señora Olga Camacho Narváez. (Folios 37 a 40 del Expediente).

-Original del oficio suscrito por la administradora de la Oficina de Notariado y Registro Seccional de Pitalito Huila, en donde informa que la señora Olga Camacho Narváez aparece inscrita en la base de datos de esa Oficina con dos números inmobiliarios. (Folio 41 del Expediente).

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión

##### 4.1. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Tercero (3º) Civil Municipal de Pitalito-Huila, mediante fallo del dieciséis (16) de diciembre del año dos mil cinco (2005), decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Advierte el a quo que el pago de la licencia de maternidad, es un derecho de rango laboral de tipo económico, reconocido por el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 236, el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993.

Considera que en el caso sub-exámine “las pruebas recaudadas indican que el pago de los

aportes fue extemporáneo, que hubo una negativa por ese motivo de la EPS, a cancelar la licencia de maternidad, pero también la misma accionante, reconoce que la falta de ese salario, se vio suplida con la colaboración económica de su esposo, proveniente de la cosecha de café que salió de la finca de su propiedad, y que incluso, voluntariamente, previa aceptación del patrono obtuvo un permiso, no remunerado, por espacio de casi 2 meses más, para quedarse al cuidado de su bebé”.

En ese entendido, a su juicio si el no pago de la licencia de maternidad, hubiera afectado derechos fundamentales de la accionante y de su bebé, al haberse producido un “trauma en la economía familiar” que afectara su mínimo vital, es decir, las necesidades básicas de su subsistencia, como la alimentación, es indudable que debido a esa situación se hubiera reintegrado a trabajar inmediatamente al vencimiento del término de la licencia, lo que no ocurrió “por el contrario, decide continuar voluntariamente, con la coadyuvancia de su esposo a mantenerla a ella y su familia, sin laborar, y sin devengar ingreso alguno”.

Aduce entonces que se encuentra demostrado que durante el tiempo de licencia de maternidad y el periodo adicional no remunerado que solicitó, la tutelante continuó viviendo en las mismas condiciones que cuando laboraba, pudiendo descansar y brindarle atención a la criatura recién nacida. En efecto, derivó su subsistencia y la de su familia durante ese periodo de los ingresos que le deja la cosecha de café de una finca de su propiedad cuya explotación económica está a cargo de su esposo.

El juez de primera instancia concluye entonces, que “la madre tuvo la oportunidad de estar con su hijo, durante la incapacidad y cubrirle las necesidades básicas de subsistencia y comodidades para su bienestar. En este caso, no hay la conexidad que se pretende entre un derecho prestacional-económico, con ningún derecho fundamental, por lo que no existe razón lógica ni jurídica ordenar un pago de licencia, (sic) que según las normas antes mencionadas, debe asumir el empleador, o al menos dirimir la controversia ante la jurisdicción ordinaria respectiva, existiendo otro medio de defensa judicial para dilucidar el

asunto”, especialmente si se tiene en cuenta que con la mora en el pago de los aportes, quien está asumiendo las consecuencias de ella, es el empleador que fue el que la causó, sin que se esté afectando a la parte más vulnerable de la relación laboral que son los trabajadores, porque resultaría inadmisible que fueran éstos los que pagaran sus consecuencias.

#### 4.2. Impugnación

El señor Luciano Vásquez Bolaños apoderado judicial de la señora Olga Camacho Narváez, impugnó el fallo de primera instancia con base en las consideraciones que a continuación se resumen.

Para la parte recurrente el juez de primera instancia desconoció en su providencia que la mujer embarazada goza de una protección constitucional reforzada, la cual estableció la Constitución Política de 1991, al considerar que tales personas son manifiestamente débiles ante la sociedad, por lo que se hace necesario brindarles una protección especial durante su gestación y hasta después de su parto, dicha protección “incluye el disfrute de las prestaciones económicas a que hay lugar (sic), como también a compartir los primeros días de vida con su progenitor (sic), derecho que se debe otorgar de manera integral, de conformidad a como (sic) lo sostiene la Honorable Corte Constitucional”. Al respecto, cita apartes de las sentencias T-568 de 1996 y C-470 de 1997.

Así mismo, señala que se afecta la dignidad de la mujer cuando se obstruye sin justificación constitucional alguna el reconocimiento de un derecho relacionado con la maternidad, de forma tal que, “El principio del derecho al pago oportuno de la licencia de maternidad, que se traduce en que la titular de tal derecho, como regla general, no tenga que someterse a esperar, por un largo tiempo, una decisión del juez laboral, para lograr el reconocimiento económico correspondiente. Sino que pueda gozar, simultáneamente, con el nacimiento de

su hijo, de la tranquilidad que le significa el pago oportuno".

En esos términos, sostiene que la señora Camacho Narváez tiene derecho a acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que le fue negada por SALUDCOOP EPS, por la mora del empleador, que dicha entidad por demás nunca alegó en tiempo, habiéndose en consecuencia allanado a la mora de éste sin poder excusar el correspondiente pago.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Pitalito-Huila, mediante fallo del trece (13) de febrero del año dos mil seis (2006), decidió confirmar la decisión proferida por el juez de primera instancia, exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

En criterio del ad-quem, en la controversia sujeta a examen es claro que i) la tutela se presentó dentro del año siguiente al nacimiento del bebé, y, ii) se presentó lo que la Corte Constitucional ha denominado allanamiento a la mora por parte de SALUDCOOP EPS, toda vez que, dicha entidad no hizo uso de los mecanismos coactivos o ejecutivos que tiene a su favor y continuó recibiendo los pagos con la periodicidad que "estableció de hecho el empleador", aspectos éstos, que en principio harían procedente el amparo constitucional deprecado.

A pesar de lo anterior, en su parecer "se ha desvirtuado la presunción que indica que el no pago de la licencia de maternidad atenta contra el mínimo vital del menor y de su madre. La Corte ha dicho que le corresponde a la demandada desvirtuar tal presunción, esto es, le traslada la carga de la prueba a ella, no obstante, eso indica que encontrándose evidente una situación de hecho por la actividad o conducta de la parte actora, se persista en

mantener un postulado procesal en desmedro de una situación sustancial. En este caso, si bien la tutelante ha solicitado el pago del valor de la licencia, también ha confesado tener recursos y haberlos tenido, para satisfacer las necesidades suyas y de su hijo recién nacido”.

En ese orden de ideas, advierte que procede la tutela aún existiendo mora en el pago de los aportes de salud, siempre que se haya desvirtuado la presunción “de encontrarse afectado el mínimo vital”, la cual en el caso sub-exámine se encuentra desvirtuada por la confesión de la demandante y el testimonio de su cónyuge. A ello se suma, que la tutelante se ha reintegrado al trabajo según sus propias afirmaciones, y en consecuencia, además de los ingresos que percibe su esposo, recibe salario, por lo que el mínimo vital que es necesario proteger, no se encuentra amenazado, otra cosa, “sería si se tratara de madre cabeza de familia o desempleada, en cuyo evento, el pago de lo debido constituye una razón sustancial de supervivencia”.

Concluye entonces que la reclamación pecuniaria que alega la tutelante, debe seguir el cauce laboral, y no el especialísimo de la acción de tutela.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts.33 al 36), así como en el auto de fecha veinticuatro (24) de marzo de 2006 proferido por la Sala

de Selección Número Tres de la Corte Constitucional.

## 2. Materia sometida a revisión

El presente asunto plantea la solicitud de amparo de la señora Olga Camacho Narváez, a fin de que le sean restablecidos sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad, la seguridad social, “la familia y al menor recién nacido”, toda vez que asegura, vienen siendo vulnerados por la entidad promotora accionada, a la que está afiliada como dependiente, al negarse a pagar la licencia de maternidad a la que dice tener derecho, aduciendo que durante la etapa de gestación, su empleador incurrió en mora en varios períodos de cotización, pese a que se encuentra en incapacidad económica y su empleador efectuó los descuentos para pago de aportes por nómina.

Los Jueces de instancia niegan el amparo constitucional en consideración a que aunque se cumplieron varios de los presupuestos fácticos a que hacen alusión la jurisprudencia de la Corte, la actora no logró comprobar la afectación de su subsistencia mínima vital, como la de su núcleo familiar y que ésta está garantizada con su reincorporación al trabajo y al estar percibiendo cumplidamente las sumas correspondientes por concepto de salario.

En estas circunstancias, la Sala verificará la procedencia del amparo de tutela, toda vez que la actora alega la afectación de su mínimo vital y el de su grupo familiar (dos hijos menores y el bebé recién nacido), y en consideración a la especial protección de que tratan los artículos 43 y 50 de la Carta Política.

De igual manera, reiterará la jurisprudencia constitucional según la cual opera el allanamiento a la mora de las entidades prestadoras de salud cuando sin objeción, reciben el

pago extemporáneo de aportes, lo que determina su obligación de reconocer y pagar la licencia de maternidad.

### 3. Reiteración de jurisprudencia

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### 3.1 Protección constitucional especial a la mujer gestante y al niño recién nacido. Fuero de maternidad y finalidad del pago de la prestación económica por gravidez

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 5º, 13, 42, 43 y 44 de la Carta Política, los derechos de la mujer embarazada y el recién nacido están expresamente protegidos, al tener el Estado la obligación de prestarle especial asistencia y protección durante el embarazo y después del parto, e incluso de garantizarle el derecho a percibir un subsidio alimentario si para ese entonces estuviere desempleada o desamparada por alguna razón particular.

En el Estado Social de Derecho uno de los fines esenciales fijados al Estado en la Constitución es el de crear las condiciones de bienestar necesarias para que todo ciudadano puedan vivir dignamente, sobre todo si se encuentran de por medio la vida y salud de los niños cuyos derechos priman sobre los derechos de los demás. En igual sentido, la Corte ha insistido en que “[a dicha protección] especial está obligado el Estado -y, dentro de él, todos sus organismos e instituciones, centralizadas o descentralizadas, y los servidores públicos que para él laboran- respecto de la mujer en estado de embarazo. Debe ser protegida de manera eficiente, completa y oportuna, para que el especialísimo acto de la maternidad tenga lugar en condiciones acordes con su dignidad y con la del que está por nacer, y se extienda, en los mismos términos, a los días siguientes al parto. (...)"<sup>2</sup>.

Sin embargo, pese a que se garantiza la protección especial de la mujer embarazada dentro

de la legislación laboral interna a través de la instauración de la licencia de maternidad remunerada, cuyo principal objetivo es que la madre esté en capacidad de asistir al recién nacido en sus primeros meses de vida y a la vez logre para sí misma, su recuperación física, dicho derecho no tiene el carácter de derecho fundamental, por lo mismo, se deberá acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral en acción ejecutiva para el cobro efectivo del pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la trabajadora dependiente.

Ahora bien, cabe anotar que la licencia de maternidad es una prerrogativa de carácter prestacional que permite el goce efectivo de otros derechos, estos sí fundamentales, como es el caso de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y los derechos de los niños, en tal sentido, se afirma jurisprudencialmente que dicha prestación conforma el mínimo vital y que se vincula por conexidad con otros derechos tales como la dignidad humana, la seguridad social y la salud tanto de la madre como del recién nacido, lo que de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política torna procedente la acción de tutela para que se ordene el reconocimiento y pago de la prestación económica a que tiene derecho la madre durante el periodo de lactancia, a fin de que no se vea afectado su mínimo vital ni el de su bebé, y por tanto pueda contar con los recursos suficientes para suplir las necesidades básicas y llevar una vida en condiciones dignas y justas.<sup>3</sup>

### 3.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad cuando se ha probado la afectación del derecho al mínimo vital de la madre y el recién nacido. Ampliación del término para acudir a dicha acción

Esta Corte pese a que reconoce la improcedencia de la presente acción a efectos de reclamar el reconocimiento prestacional o licencia de maternidad, se ha inclinado siempre hacia la protección de los derechos por esta vía en razón de la especial asistencia y protección de que goza la mujer en estado de gestación y después del parto<sup>4</sup>, sobre todo en aras de garantizar dignidad en las condiciones de vida suya y de su hijo, en la medida en que el auxilio por maternidad constituye el único salario de la mujer durante el periodo de lactancia<sup>5</sup>.

Con todo, la protección constitucional otorgada por el juez de tutela para el pago de la licencia de maternidad, está supeditada igualmente al cumplimiento de los requisitos que el legislador ha establecido para su viabilidad, toda vez que dicho auxilio es un derecho de carácter legal<sup>6</sup> y solo cuando sea manifiesta la arbitrariedad de la administración en la negación del derecho prestacional y sean claros los efectos gravosos que el no pago del auxilio de maternidad, produce sobre los derechos fundamentales de madre e hijo<sup>7</sup>, el amparo constitucional será procedente.

En resumidas cuentas, el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada del especial estado de maternidad, no necesariamente procede por vía de tutela, pues en aquellos casos en que no exista o desaparezca la conexidad entre el derecho a la remuneración y el descanso conferido en virtud de la licencia, la afectada deberá acudir a la justicia laboral por la vía ejecutiva, para efectos de lograr su reconocimiento y pago.

Esta Corporación en la Sentencia T-999 de 2003 estableció jurisprudencialmente un criterio más flexible y compasivo de la mujer y del recién nacido, procurando no solo la protección de sus derechos, sino el amparo en sede de tutela de su derecho al mínimo vital, ya no dentro de los 84 días siguientes al parto sino dentro del año siguiente al alumbramiento, en atención a que la voluntad del constituyente fue la de hacer prevalecer los derechos del niño sobre todos los de los demás y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, de ahí que el establecimiento de dicho plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no pueda ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 365 días.

Respecto del establecimiento de fechas para que los empleadores efectúen las cotizaciones en seguridad social de sus trabajadores atendiendo el número de NIT (art. 21 Capítulo II del Decreto 1804 de 1999), la Corte ha hecho énfasis en que dicho término obedece más a un fin

más ilustrativo que impositivo, por lo mismo, dichos plazos importan solo a efectos de constituir en mora al empleador, y no para que con ocasión del pago extemporáneo de aportes o mora patronal, la EPS declare la pérdida del derecho prestacional<sup>8</sup>.

Por otro lado, de no constituirse en mora al encargado de hacer los aportes al Sistema General en nombre de sus trabajadores, la Corporación concluye que la EPS se ha “allanado a la mora”, y por lo mismo, la entidad promotora ha de proceder inexcusablemente al reconocimiento y pago de la incapacidad por maternidad, en la medida en que la extemporaneidad en el pago de aportes como el requerimiento en el retardo en el pago para que sean oponibles, deben adelantarse en tiempo.

Bajo los presupuestos anteriores, se tiene que la acción de tutela procede para que se ordene el reconocimiento y pago de la incapacidad por maternidad cuando: i) quien acciona es trabajadora dependiente y el empleador ha hecho los respectivos descuentos de nómina, ii) el reclamo de amparo constitucional se hace dentro del año siguiente a la fecha del alumbramiento, iii) el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido han de ser protegidos porque dicha suma es el único ingreso con el que cuenta para asegurarlo iv) la entidad promotora no constituyó en mora oportunamente al empleador cotizante y v) a pesar de estar obligada al reembolso de la prestación por incapacidad por maternidad, a la cotizante dependiente, niega el reconocimiento de la misma excusada en la mora del empleador.

#### 4. Caso concreto

Frente al caso concreto, la Sala encuentra probado que la empresa Jugos la Ñapa, descontó durante todo el periodo de gestación por nómina, los aportes correspondientes por concepto de seguridad social en nombre de la señora Olga Camacho Narváez y que dicha empresa en más de cinco (5) oportunidades pagó extemporáneamente los aportes de la misma.

Al mismo tiempo comprueba que la E.P.S. Saludcoop recibió, sin oposición, los aportes de cotización efectuadas por la empresa empleadora de la actora, de donde concluye esta Sala que la EPS se allanó a la mora patronal.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así las cosas, la Sala revocará las decisiones de instancia, por cuanto desconocen los principios constitucionales que proclaman a la mujer embarazada y al recién nacido, como sujetos en estado de franca debilidad e indefensión, como también la jurisprudencia constitucional que proclama al juez constitucional como el principal garante del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, en particular, tratándose de sujetos de especial protección de tutela, dictando de manera transitoria o definitiva las órdenes tendientes al restablecimiento de los derechos.

En conclusión, ante la verificación de la apremiante situación de la actora se tiene que la intervención del juez de tutela era el medio eficaz e idóneo, al estar comprometida su subsistencia mínima vital, la de su hijo recién nacido y la de su núcleo familiar y en su lugar, concederá el amparo y ordenará por este medio la cancelación de la licencia de maternidad a la nombrada ordenando a la E.P.S. demandada su pago, con fines al restablecimiento del mínimo vital.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas en esta decisión, los fallos de tutela proferidos el 16 de diciembre de 2005 y el 13 de febrero de 2006, por los Juzgados Tercero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Pitalito- Huila, y en consecuencia, CONCEDER la protección constitucional del derecho al mínimo vital de Olga Camacho Narváez y de su recién nacido hijo, Juan Manuel Carlosama.

En consecuencia, la E.P.S. Saludcoop Seccional Huila deberá, una vez notificada del presente Fallo, en forma inmediata proceder a reconocer y a pagar a la señora Olga Camacho Narváez, la suma correspondiente a la licencia de maternidad a la que tiene derecho, sin que para el efecto le sea oponible exigencia alguna.

Segundo.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, Comuníquese, Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

AUSENTE EN COMISION

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Declaración juramenta rendida por la accionante el siete (7) de diciembre de 2005 -folios 24 y 25, cuaderno I del Expediente-.

2 Cfr. Sentencia T-322 de 2000. se pueden consultar las sentencias T-1168/00, T-158/01, T-483/01, T-909/02, T-1014/02, T-931/03, T-1073/03, T-271/04.

3 Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-664/02, T-1014/02, T-118/03 y T-878/04.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

5 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-999 de 2003 y T-878 de 2004.

6 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 236.

7 Corte Constitucional, sentencia T-805 de 1999.

8 Corte Constitucional, sentencias ...